



**You have downloaded a document from
RE-BUS
repository of the University of Silesia in Katowice**

Title: Zbrodnia agresji w prawie międzynarodowym : stan po nowelizacji Statutu Rzymskiego MTK

Author: Tomasz Iwanek

Citation style: Iwanek Tomasz. (2013). Zbrodnia agresji w prawie międzynarodowym : stan po nowelizacji Statutu Rzymskiego MTK. "Studia Politicae Universitatis Silesiensis" (T. 11 (2013), s. 287-307).



Uznanie autorstwa - Użycie niekomercyjne - Bez utworów zależnych Polska - Licencja ta zezwala na rozpowszechnianie, przedstawianie i wykonywanie utworu jedynie w celach niekomercyjnych oraz pod warunkiem zachowania go w oryginalnej postaci (nie tworzenia utworów zależnych).



UNIwersYTET ŚLĄSKI
W KATOWICACH



Biblioteka
Uniwersytetu Śląskiego



Ministerstwo Nauki
i Szkolnictwa Wyższego

Tomasz Iwanek

Zbrodnia agresji w prawie międzynarodowym Stan po nowelizacji Statutu Rzymskiego MTK

Abstract: The crime of aggression in international law. After the Rome Statute reform ICC

The article seeks to explore the legal ramifications and provide analysis of the recent reform of the Rome Statute of the International Criminal Court of 1998 ICC entailing the adoption of a definition of the crime of aggression. Long neglected in international criminal law, the crime of aggression survived on the outskirts of regulation and may be, if circumstances allow, revived and renewed after the decision made at the ICC Review Conference in Kampala. Resolution RC/Res.6, as adopted in Kampala, defines the crime of aggression and sets out the jurisdictional mechanisms for its prosecution before the ICC. However, as the article argues, the compromise that gave life to the definition and the elements of the “new” crime of aggression was flawed, and the form of the crime is thus far from perfect.

The author identifies several major problems with the adopted definition. Firstly, its link with UN General Assembly Resolution 3314 of 1974 is a source of a significant legal collision, confusing and wrongly construing the law of international responsibility of states and the law of the international responsibility of individuals, as those branches of international law are very different from each other. This breeds legal uncertainty as to the content of an “act of aggression” and a possible, and very serious, violation of the, inviolable and immovable in criminal proceedings, *nullum crimen sine lege* principle. When the contents of such acts will be determined by the UN Security Council, the *nullum crimen* principle will be violated. Secondly, the crime of aggression, as defined in Kampala, limits itself by being applicable solely to interstate conflict and senior political leadership. Not only does interstate conflict become less and less frequent, but also the possibility of trying and sentencing a senior political or military leader for the crime of aggression is slim, as evidenced by the problems with the execution of the ICC arrest warrant on President Omar al-Bashir. Thirdly, the construction of ICC jurisdiction over the crime of aggression, and its purported link with a UN Security Council decision, may not only submit the judicial operations of an independent court and prosecutor to the political issues and machinations inherent to the UN Security Council, but may also further infringe upon the principle of *nullum crimen sine lege*.

To summarize, the article presents a threefold critique of the definition of the crime of aggression in the Rome Statute of the ICC and expresses the author’s Concern for legal certainty and the dangers to international criminal justice. It strives to present the problems

as well as several solutions and ways of construction favorable to international criminal justice.

Key words: international law, crime, aggression, criminal justice, *nullum crimen sine lege* principle

Uwagi wprowadzające

Słynne zdanie Machiavellego, głoszące, że „książę nie powinien mieć innej troski ani innej myśli, ani poświęcać się innemu rzemiosłu, jak tylko sprawom wojennym”¹, pozostaje prawidłowym opisem realiów współczesnego świata. Wojna, w tym wojna nielegalna i wojna agresywna (pojęcia, które pewnie wzbudziłyby wesołość Machiavellego), pozostają stałym zagrożeniem. Interwencja w Iraku w 2003 roku, wojna lipcowa (II wojna libańska) roku 2006, interwencja rosyjska w Gruzji w sierpniu 2008 roku to tylko najnowsze, i najbardziej kontrowersyjne jej przykłady. Jakkolwiek obecnie trudno jest tutaj rozstrzygać o ich dopuszczalności w świetle prawa międzynarodowego, a tym bardziej o ewentualnej odpowiedzialności prawnej ich sprawców, podane przykłady świetnie ilustrują potrzebę jasnego zdefiniowania zasad użycia siły w prawie międzynarodowym oraz, co ważniejsze, zasad ponoszenia odpowiedzialności przez jednostki za dopuszczenie się zbrodni agresji, obejmującej niezgodne z prawem międzynarodowym planowanie, przygotowywanie, wszczynanie i prowadzenie wojny.

Potencjalnym kamieniem milowym w walce z bezkarnością „autorów wojen” był dzień 11 czerwca 2010 roku, kiedy to, po zakończeniu Konferencji Przeglądowej Międzynarodowego Trybunału Karnego w Kampali, Zgromadzenie Państw Stron Statutu Rzymskiego MTK² przyjęło rezolucję RC/Res.6³, w której dokonano pierwszej od chwili podpisania w 1945 roku Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego⁴ kompleksowej kodyfikacji zbrodni agresji w prawie międzynarodowym. Rezolucja ta jest dokumentem, który dokonuje zmiany Statutu Rzymskiego Międzynarodowego Trybunału Karnego przez wprowadzenie do niego, nieobecnej dotychczas, definicji zbrodni agresji, co pozwoli na pociągnięcie do odpowiedzialności sprawców i współsprawców wojny agresywnej. Nowelizacja Statutu MTK,

¹ N. Machiavelli: *Książę*. Przeł. Cz. Nanake. Warszawa 1984, s. 77.

² Dz.U. z 2003 r., nr 78, poz. 708.

³ *Resolution RC/Res.6*, przyjęta na 13. posiedzeniu plenarnym 11 czerwca 2010 r. w drodze konsensu, pełny tekst dostępny pod: [<http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/Review-Conference/Resolutions+and+Declarations>].

⁴ Dz.U. z 1947 r. nr 63, poz. 367.

dokonana rezolucją nr 6, obejmuje następujące elementy: *Aneks I* rezolucji dodaje do Statutu Rzymskiego przepis art. 8 *bis*, w którym zdefiniowano zbrodnię agresji, oraz przepisy art. 15 *bis* i art. 15 *ter*, które regulują wykonywanie jurysdykcji przez Trybunał w odniesieniu do zbrodni agresji; dokonano również, w *Aneksie II* rezolucji, aktualizacji i uzupełnienia elementów definicji zbrodni oraz, *Aneksiem III*, dołączono *Założenia (Understandings)* wyjaśniające niektóre aspekty przyjętych rozwiązań.

Kształt przyjętych rezolucji jest wynikiem długiego procesu negocjacyjnego i kompromisu osiągniętego przez państwa strony. Kompromis osiągnięty w Kampali pozostaje jednak kompromisem niedoskonałym, a przyjęta definicja zbrodni agresji i warunków wykonywania jurysdykcji MTK w stosunku do jej sprawców rodzą wiele wątpliwości i nowych wyzwań, wartych komentarza i analizy. Jeśli nawet, zdaniem największych zwolenników obecnej nowelizacji, ciągle pozostaje wiele miejsca na udoskonalenie przyjętej definicji⁵ w drodze wykładni sądowej, to tym bardziej problem zasługuje na dyskusję. Niniejszy artykuł stanowi próbę podsumowania dyskusji toczonej w literaturze oraz przedstawienia odrębnej krytyki i analizy zbrodni agresji i jej nowego miejsca w katalogu zbrodni międzynarodowych.

Przyjęte rozwiązania

Stan normatywny, który powstał po przyjęciu rezolucji nr 6, odzwierciedla dotychczasowe, wręcz paradoksalne⁶, traktowanie zbrodni agresji przez wspólnotę międzynarodową. Ilustruje szczególnie ważny charakter zakazu agresji i jego rolę we współczesnym systemie prawa międzynarodowego, jak i niezwykle poważne problemy z praktycznym stosowaniem zasad prawa międzynarodowego w stosunku do osób i państw winnych jego naruszenia.

Z jednej strony, zbrodnia agresji zaliczana jest do zbrodni międzynarodowych *sensu stricto*⁷, w swojej formie pierwotnej — zbrodni przeciwko

⁵ C. Kress, L. von Holtzendorff: *The Kampala Compromise on the Crime of Aggression*. "Journal of International Criminal Justice" 2010, Vol. 8, No 1, s. 1211.

⁶ G. Gaja: *The Long Journey Towards Repressing Aggression*. In: *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Eds. A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones. Oxford 2002, s. 427.

⁷ Inaczej tzw. *core international crimes*, czyli zbrodnie międzynarodowe, których definicje znajdują się w wiążących instrumentach prawa międzynarodowego publicznego, przede wszystkim w statutach międzynarodowych trybunałów karnych, co umożliwia ponoszenie odpowiedzialności za ich popełnienie przez jednostkę. W literaturze przedmiotu wyróżnia

pokoju — występuje w prawie międzynarodowym od chwili uchwalenia Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego⁸, i stanowi stale aktualny temat żywych rozważań doktryny⁹. Ponadto, zbrodnia agresji związana jest ściśle z zakazem groźby lub użycia siły przeciwko całości terytorialnej lub niepodległości któregośkolwiek państwa; zakazem, który we współczesnym systemie prawa międzynarodowego oparty jest wprost na przepisie art. 2 ust. 4 Karty Narodów Zjednoczonych, i który ma wyjątkowy, nienaruszalny i absolutny, charakter¹⁰. Nie oznacza to, że nie spotyka się głosów, które postulują osłabienie lub przeformułowanie treści tego zakazu, tak, aby odpowiadał on teoriom prawa międzynarodowego, których założeniem jest poszerzenie prawa państw do interwencji i użycia siły¹¹. W końcu, zakaz agresji traktowany jest jako norma prawa między-

się je jako zbrodnie ściśle międzynarodowe, niezwiązane w zakresie ich definicji i jurysdykcji sądów, z systemami prawnymi poszczególnych państw. Wyraźnie odróżnia je to od tzw. przestępstw konwencyjnych (takich jak terroryzm), których definicje tworzone są w drodze konwencji międzynarodowych, następnie przejmowanych do prawa karnego państw, które również zobowiązane są do ich ścigania i karania. Szerzej na temat zbrodni międzynarodowych *sensu stricto*: C. Damgaard: *Individual Criminal Responsibility for Core International Crimes*. Berlin 2008, s. 60. Ujęcie prezentowane przez C. Damgaard tożsame jest z ujęciem problemu w literaturze polskiej, zob. M. Królikowski, P. Wiliński, J. Izydorczyk: *Podstawy prawa karnego międzynarodowego*. Warszawa 2008, s. 113—150.

⁸ Klasyczna definicja zbrodni przeciwko pokojowi, utworzona przez przepis art. 6 Karty MTW, brzmiała: „Zbrodnie przeciw pokojowi, mianowicie: planowanie, przygotowywanie, początkowanie lub prowadzenie wojny napastniczej albo wojny będącej pogwałceniem traktatów, porozumień lub gwarancyj międzynarodowych, albo współudział w planie lub zмовie w celu dokonania jednego z wyżej wymienionych czynów”.

⁹ Spośród najnowszych pozycji literatury przedmiotu na szczególną uwagę zasługują m.in.: P. Grzebyk: *Odpowiedzialność karna za zbrodnie agresji*. Warszawa 2010; L. May: *Aggression and Crimes against Peace*. Cambridge 2008; O. Solera: *Defining the Crime of Aggression*. London 2007; *The International Criminal Court and the Crime of Aggression*. Eds. M. Politi, G. Nesi. Ashgate 2004; Y. Dinstein: *War, Aggression and Self-Defence*. Cambridge 2003.

¹⁰ Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości, w wyroku w sprawie kanału Korfu, nie przychylił się do argumentu rządu Wielkiej Brytanii, który twierdził, że interwencja przeciwko Albanii nie była skierowana przeciwko jej całości terytorialnej lub niepodległości, a zatem nie była sprzeczna z treścią art. 2 ust. 4 KNZ. Odrzucając ten argument, sąd przyznał, że zakaz określony w art. 2 ust. 4 ma szerszy charakter. Jednocześnie sąd bardzo wyraźnie wskazał, że jednostronna interwencja państwa jest niedopuszczalna i nielegalna. Zob. *Corfu Channel Case*. Judgment of April 9th 1949, ICJ. Reports 1949, s. 34—35.

¹¹ Ta tendencja była przede wszystkim widoczna w trakcie rozważania ewentualnej legalności interwencji w Iraku w 2003 r., kiedy część przedstawicieli doktryny prawa międzynarodowego przychyliła się do tezy o dopuszczalności samoobrony prewencyjnej jako podstawy do zgodnego z prawem użycia siły. Zob. W.H. Taft, T.F. Buchwald: *Preemption, Iraq and International Law*. “American Journal of International Law” 2003, Vol. 97, No 3, s. 557—563; J. Yoo: *International Law and the War in Iraq*. “American Journal of International Law” 2003, Vol. 97, No 3, s. 563—576; R. Wedgewood: *Fall of Saddam Hussein*:

narodowego o szczególnym charakterze, mająca cechy zobowiązania *erga omnes* oraz normy o charakterze *ius cogens*¹². Jeden z najbardziej uznanych ekspertów z dziedziny prawa karnego międzynarodowego, M.C. Bassiouni, stwierdzał wręcz, że już w 1996 roku popełniania zbrodni agresji miał status normy *ius cogens*¹³. Wszystko to wskazuje na bardzo poważne traktowanie zakazu dopuszczania się wojny agresywnej przez prawo międzynarodowe.

Z drugiej strony, państwa nie skłaniają się do aktywnego zwalczania aktów agresji, karanie zaś osób winnych zbrodni przeciwko pokojowi lub zbrodni agresji jest w zasadzie niespotykane. Wstępna ocena przyjętego w Kampali rozwiązania sugeruje, że karanie zbrodni agresji przez prawo karne międzynarodowe nie stanie się równie powszechne, jak ciągle sporadyczne jest karanie pozostałych zbrodni międzynarodowych¹⁴. Istnieje poważne zagrożenie, że przepisy przyjęte przez Konferencję Przeglądową nie staną się uniwersalnym i skutecznym narzędziem karania agresji¹⁵. Akty agresji i naruszenia *ius ad bellum* przez państwa czasami spotykały się z negatywną reakcją społeczności międzynarodowej, lecz pozostawało to bez wpływu na kwestię odpowiedzialności jednostek w prawie międzynarodowym. Jako niepowtarzalny wyjątek należy potraktować fakt, iż Najwyższy Iracki Trybunał Karny objął swoją jurysdykcją zbrodnie agresji, opartą jednak na przepisach irackiej ustawy karnej i tam zdefiniowaną,

Security Council Mandates and Preemptive Self-Defence. "American Journal of International Law" 2003, Vol. 97, No 3, s. 576—585.

¹² W literaturze pogląd ten jest ugruntowany i powszechny. Zob.: A. Paulus: *Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation*. „Nordic Journal of International Law” 2005, Vol. 74, No 3—4, s. 306; T. Iwanek: *The 2003 Invasion of Iraq: How the System Failed*. "Journal of Conflict and Security Law" 2010, Vol. 15, No 1, s. 9; I. Brownlie: *Principles of Public International Law*. Oxford 2003, s. 489—490. Fundamentalne znaczenie dla zasadności twierdzenia o charakterze *ius cogens* zakazu agresji ma orzecznictwo Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości. Zob. np.: *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Advisory Opinion, ICJ. Reports 1951, s. 23; *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, ICJ Reports (1986), Judgment (Merits), par. 187—190. W zakresie charakteru zobowiązania *erga omnes*, zob.: *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, [1970] I.C.J. Rep. 3 at 34.

¹³ Warto jeszcze raz podkreślić, iż Bassiouni odnosił się do zbrodni agresji, a nie tylko do zakazu agresji wiążącego państwa. Zob. M.C. Bassiouni: *International Crimes: Jus Cogens and Obligation erga omnes*. "Law & Contemporary Problems" 1996, Vol. 59, No 4, s. 69—70.

¹⁴ Nie tylko z uwagi na wpisną ściśle w system sądownictwa zasadę komplementarności i akcesoryjności jurysdykcji trybunałów karnych przypadki karania zbrodni międzynarodowych przez te trybunały pozostają stosunkowo rzadkie.

¹⁵ M.J. Glennon: *The Blank-Prose Crime of Aggression*. "Yale Journal of International Law" 2010, Vol. 35, No 1, s. 109.

ale niepowiązaną wprost z przepisami prawa międzynarodowego publicznego¹⁶.

Chociaż zbrodnia agresji została określona w art. 5 ust. 1 pkt. d) Statutu MTK, jako jedna z najpoważniejszych zbrodni międzynarodowych, nad którymi Trybunał ma sprawować jurysdykcję, to do chwili przyjęcia jej definicji w 2010 roku nie była ona *de facto* i *de iure* zbrodnią międzynarodową¹⁷. Niemożliwe było wszak karanie osoby przez MTK za zbrodnię pozbawioną definicji, a żaden inny trybunał międzynarodowy nie sprawował nad zbrodnią agresji jurysdykcji. Kontestując ten stan rzeczy, Y. Dinstein zauważa, iż nie sposób twierdzić, że zbrodnia agresji została porzucona, a państwa nie wyrażają woli jej ścigania. Na dowód tego twierdzenia przytaczał liczne rezolucje organów ONZ przyjmowanych jednomyślnie lub bez wyrażonego sprzeciwu (jak np. rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 3314 lub rezolucje przyjmujące zasady norymberskie)¹⁸. Trudno się jednak zgodzić z jego argumentem, opierając się na, choćby tylko pobieżnej, analizie historycznej. Nawet w trakcie konferencji przygotowawczej MTK delegacje Niemiec i Japonii wskazywały, iż zbrodnie przeciwko pokojowi były uznane już w 1945 roku, lecz z czasem straciły na znaczeniu i stały się zbrodniami o drugorzędnej randze¹⁹. Nie sposób wskazać i udowodnić istnienia aktywnego ścigania i karania zbrodni agresji. Wspomniany już Najwyższy Trybunał Iracki był wyjątkiem, niepowtórzonym przez praktykę innych państw. Co więcej, nawet jeżeli społeczność międzynarodowa reagowała i wyciągała konsekwencje w stosunku do państw dopuszczających się niezgodnych z prawem międzynarodowym przypadków interwencji, gróźb lub użycia siły, to nie spotykały się one z reakcją prawną skierowaną przeciwko osobom. W praktyce państw konsekwentnie nie potwierdzono twierdzenia Dinstaina, powodując, iż zbrodnia agresji pozostawała zbrodnią jedynie na papierze.

Tok prac prowadzonych przed konferencją w Kampali i w jej trakcie nad definicją zbrodni agresji został już przedstawiony w literaturze²⁰. Warto

¹⁶ Trybunał ten został ustanowiony po inwazji sił koalicji na Irak w 2003 r. Tłumaczenie statutu Trybunału, zob. *Law of the Supreme Iraqi Criminal Tribunal, Official Gazette of the Republic of Iraq*, nr 4006, z dnia 18 października 2005 r. Szerzej nt. twierdzenia, iż fakt ustanowienia Trybunału nie miał wpływu na prawo międzynarodowe, zob. C. Kress: *The Iraqi Special Tribunal and the Crime of Aggression*. "Journal of International Criminal Justice" 2004, Vol. 2, No 2, s. 348.

¹⁷ A. Zimmermann: *Crimes Within the Jurisdiction of the Court*. In: *Commentary of the Rome Statute of the International Criminal Court, Second Edition*. Ed. O. Triffterer. Monachium 2008, s. 135.

¹⁸ Y. Dinstein: *War, Aggression and Self-Defence*. Cambridge 2003, s. 112—114.

¹⁹ W.A. Schabas: *Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge 2007, s. 134.

²⁰ M. Płachta: *Międzynarodowy Trybunał Karny*. T. 1. Kraków 2004, s. 450—509; P. Grzebyk: *Odpowiedzialność karna za zbrodnię agresji*. Warszawa 2010, s. 66—85;

jednak nadmienić, szczególnie w świetle wyводу prowadzonego w dalszej partii tekstu, iż definicje zbrodni przeciwko pokojowi i zbrodni agresji zapisane w Karcie MTW oraz w rezolucji ZO ONZ 3314 uznano w trakcie prac przygotowawczych za nienadające się do bycia podstawą nowelizacji Statutu Rzymskiego²¹.

Nowo dodany do Statutu Rzymskiego przepis art. 8 *bis* określa zbrodnię agresji²²:

- „1. Dla celów niniejszego Statutu »zbrodnia agresji« oznacza planowanie, przygotowywanie, wszczynanie lub prowadzenie, przez osobę mogącą efektywnie sprawować kontrolę lub kierownictwo nad politycznymi lub wojskowymi działaniami państwa, aktu agresji, który swoim charakterem, wagą i skalą stanowi wyraźne pogwałcenie Karty Narodów Zjednoczonych.
2. Dla celów ust. 1 »akt agresji« oznacza użycie siły zbrojnej przez państwo przeciwko suwerenności, integralności terytorialnej lub niezależności politycznej innego państwa, lub w każdy inny sposób niezgodny z Kartą Narodów Zjednoczonych. Każdy z poniższych aktów, bez względu na wypowiedzenie wojny, będzie, zgodnie z rezolucją Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych 3314 (XXIX) z 14 grudnia 1974 roku, zakwalifikowany jako akt agresji [...]». W dalszej części przepisu wymieniono siedem przykładów aktów agresji, takich samych, jak te wymienione w rezolucji ZO ONZ 3314.

Sprawca zbrodni agresji i test kontroli

„Akt agresji”, będący immanentnym aspektem zbrodni agresji, musi zostać dokonany przez państwo działające pod wpływem osoby fizycznej, mogącej „efektywnie sprawować kontrolę nad politycznymi lub wojskowymi działaniami państwa”. Stanowi to o wyraźnym zawężeniu kategorii spraw-

A.R. Coracini: *The International Criminal Court's Exercise of Jurisdiction Over the Crime of Aggression — at Last...in Reach...Over Some*. “Goettingen Journal of International Law” 2010, Vol. 2, No 2, s. 756 i n.; C. Kress: *The Crime of Aggression before the First Review of the ICC Statute*. “Leiden Journal of International Law” 2007, Vol. 20, No 4, s. 854 i n.; C. Kress, L. von Holtendorff: *The Kampala...*, s. 1180 i n.

²¹ A.L. Zuppi: *Aggression as International Crime: Unattainable Crusade or Finally Conquering the Evil?*. “Pennsylvania State International Law Review” 2007—2008, Vol. 26, No 1, s. 2—3.

²² *Resolution RC/Res.6, Annex I, s. 2, pkt. 2.*

ców zbrodni agresji do „przywódców”²³, których wpływ na działania państwa będzie musiał być każdorazowo zweryfikowany i udowodniony. Treść art. 8 *bis* w sposób oczywisty wyklucza odpowiedzialność wszystkich osób podległych, na przykład żołnierzy wykonujących rozkazy²⁴, urzędników lub dyplomatów, działających w ramach stosunku podległości służbowej. Otwartą kwestią pozostaje ustalenie, w jaki sposób stwierdzić „efektywną” kontrolę sprawcy nad działaniami państwa. Sformułowanie, zawarte w tekście art. 8 *bis*, wskazuje na dwie możliwości: sprawowanie skutecznej/efektywnej kontroli lub sprawowanie kierownictwa.

Orzecznictwo sądów międzynarodowych ustaliło w drodze wykładni sędziowskiej dwa sposoby badania kontroli sprawowanej przez jednostkę nad działaniami podmiotów publicznych. Pierwszy z nich, tak zwany test „efektywnej” kontroli, wywodzi się z orzeczenia MTS z 1986 roku w sprawie Nikaragui²⁵. Został on następnie powtórzony w wyroku Izby Orzekającej MTKJ w sprawie *Tadić*²⁶. Jednak nowsze orzecznictwo międzynarodowe zdaje się skłaniać do tak zwanego testu ogólnej kontroli („overall control”), opartego na wyroku Izby Odwoławczej MTKJ w sprawie *Tadić*²⁷, którego przydatność do określania odpowiedzialności prawnej jednostki potwierdził MTS w wyroku z 2007 roku w sprawie: *Zastosowania konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa*²⁸ (choć w tej ostatniej sprawie sąd nie przychylił się do uznania przydatności testu ogólnej kontroli do określania odpowiedzialności prawnej państwa). Wiele wskazuje na to, iż MTKJ zmuszony będzie zaadaptować, po odpowiednich zmianach, jedno z tych dwóch narzędzi prawnych. Na zastosowanie testu efektywnej kontroli może wskazywać sam tekst nowych przepisów art. 8 *bis* i art. 25 ust. 3 *bis*, które wyraźnie wspominają o sprawowaniu „efektywnej” kontroli nad działaniami państwa, jak również poważna krytyka testu ogólnej kontroli sformułowana przez MTS w sprawie: *Zastosowania konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa*²⁹. Jednak test ogólnej kontroli

²³ C. Kress: *The Crime of Aggression...*, s. 855; W.A. Schabas: *Introduction to the International...*, s. 139; M.J. Glennon: *The Blank-Prose...*, s. 98.

²⁴ *Discussion Paper I: The Crime of Aggression and Article 25, paragraph 3 of the Statute*, ICC-ASP/4/32, s. 377.

²⁵ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, ICJ Reports (1986), Judgment (Merits), par. 115.

²⁶ Wyrok MTKJ z 7 V 1997 r., w sprawie *Prokurator v. Tadić*, par. 588—607.

²⁷ Wyrok MTKJ z 15 VII 1999 r., w sprawie *Prokurator v. Tadić*, par. 120—137.

²⁸ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Judgment, I.C.J. Reports 2007, par. 402—407.

²⁹ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Judgment, ICJ. Reports 2007, par. 402—407. Bardzo poważne zarzuty wobec rozumowania MTS przed-

wywodzi się z orzecznictwa międzynarodowych trybunałów karnych *ad hoc*, pozostaje zatem znacznie bliższy celom i funkcjom Międzynarodowego Trybunału niż jurysprudencja Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, a ponadto znajdował często zastosowanie w innych wyrokach sądów międzynarodowych, przede wszystkim Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach, między innymi, *Loizidou v. Turcja*³⁰, *Cypr v. Turcja*³¹ i *Ilaşcu v. Mołdawia i Rosja*³².

Istnieje też trzecia możliwość, oparta na samodzielności jurysdykcyjnej MTK w stosunku do dotychczasowego orzecznictwa międzynarodowego. Możliwe jest również stworzenie zupełnie nowego testu kontroli, stosownego tylko na potrzeby orzekania o odpowiedzialności jednostki za zbrodnię agresji, co tylko pogłębi, i tak już wyraźnie odczuwalną, fragmentację prawa karnego międzynarodowego. W końcu, logicznym rozwiązaniem wydaje się również zastosowanie innego testu kontroli, lub przynajmniej poważnie zmodyfikowanego testu, dla każdego z siedmiu przykładowych aktów agresji wymienionego w art. 8 *bis* Statutu. *Prima facie*, zupełnie innej kontroli nad działaniami państwa wymaga zlecenie dokonania ograniczonego ataku siłami lotniczymi, a innej wysyłanie zbrojnych band lub grup najemników.

Kolejnym aspektem sprawowania kontroli nad działalnością państwa i aktami agresji jest jej zakres przedmiotowy. Przyjęta definicja agresji wymaga, aby wpływ osoby oskarżonej dotyczył politycznych i wojskowych działań państwa, nie podając jednak znaczenia tych pojęć. Szczególnie dużo zależeć będzie od rozumienia „działalności politycznej państwa”, gdyż może ona potencjalnie obejmować każde działanie państwa. Jedną z wcześniejszych propozycji definicji zbrodni agresji, zamieszczoną w raporcie Specjalnej Grupy Roboczej z 2005 roku, dotyczyła jedynie działalności wojskowej państwa, a zatem przyjęte w Kampali rozwiązania i tak stanowią pewien krok naprzód w kierunku poszerzenia nadmiernie wąskiej wersji pierwot-

stawia Antonio Cassese, argumentując, że test oparty na wyroku MTKJ w sprawie *Tadić* znajduje poważne oparcie na gruncie prawa i praktyki międzynarodowej, krytykując również argumentację MTS opartą na stwierdzeniu, że test efektywnej kontroli dotyczył przypisania odpowiedzialności państwa, test zaś ogólnej kontroli — rozstrzygnięcia o charakterze międzynarodowym lub niemiędzynarodowym konfliktu zbrojnego. Zob. A. Cassese: *The Nicaragua and Tadić Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia*. „European Journal of International Law” 2007, Vol. 18, No 4, s. 649—668.

³⁰ *Loizidou v. Turkey (Application no. 15318/89)*. Judgment, 23 March 1995, par. 56.

³¹ Warto zwrócić uwagę na lapsus językowy sądu w tym wyroku. Mowa w nim bowiem o ogólnej efektywnej kontroli, co można rozumieć tylko jako błąd pisarski. Zob. *Cyprus v. Turkey (Application no. 25781/94)*, Judgment, 10 May 2001, par. 77, 86.

³² *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia (Application no. 48787/99)*, Judgment, 8 July 2004, par. 315—316.

nej³³. Przepis art. 8 *bis* prawdopodobnie pozwoli na wyłączenie odpowiedzialności osób mających wpływ na działanie państwa w innych, niż polityczna i wojskowa, sferach. Osoby takie, jak przemysłowcy oraz przywódcy religijni (których wpływ na postępowanie niektórych państw jest wszechogarniający³⁴), mogą być objęte zakresem tego przepisu tylko, jeżeli będą w stanie wywierać wpływ na działania państwa w taki sam sposób, jak przywódcy polityczni i wojskowi³⁵. Kampania medialna i polityczna przywódcy religijnego, nawołującego do wojny z określonym państwem i jednocześnie wywierającego pośredni wpływ na postawy polityczne społeczeństwa, nie stanowiłaby zatem zbrodni agresji. W tym aspekcie przepis art. 8 *bis* wydaje się powtarzać rozwiązania wcześniejsze. Przede wszystkim jest w pewnym zakresie spójny³⁶ z definicją zbrodni agresji zawartą w art. 16 *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind* z 1996 roku³⁷, który również określał zbrodnię agresji jako zbrodnię przywódczą, stanowiąc: „Osoba, która jako przywódca lub organizator aktywnie bierze udział [w] lub nakazuje przygotowywanie, wszczynanie lub prowadzenie agresji dokonanej przez państwo, będzie ponosić odpowiedzialność za zbrodnię agresji”. Przepis art. 8 *bis* odchodzi jednak od art. 16 *Draft Code*... w jednym istotnym aspekcie — mierzenia wpływu danej osoby na działania państwa. W art. 16 projektu wskazywano na odpowiedzialność przywódców i organizatorów rozumianych szeroko, jako wszystkich osób mających konieczny autorytet i wpływ na działania państwa, w tym członków korpusu dyplomatycznego, partii politycznych i przemysłowców³⁸, czyli w sposób, którego przepis art. 8 *bis* Statutu wyraźnie nie przewiduje.

Po zakończeniu długiej dyskusji³⁹ do Statutu MTK dodany został art. 25 ust. 3 *bis*, o treści: „[...] w odniesieniu do zbrodni agresji, przepisy tego artykułu będą miały zastosowanie tylko do osób mogących efektywnie sprawować kontrolę lub kierownictwo nad politycznymi działaniami państwa”. Pozwala to na zachowanie ogólnych reguł odpowiedzialności indywidualnej, jednocześnie stosując je tylko do określonej kategorii osób — przywódc-

³³ ICC-ASP/4/SWGCA/INF.1, par. 30.

³⁴ Historia podpowiada tutaj wiele przykładów, np. władzy sprawowanej przez ajatollahów w Iranie lub działalności szyckiego duchownego Muktdady as-Sadra w Iraku, wywołującego zamieszki i starcia zbrojne z siłami stabilizacyjnymi.

³⁵ R. Heins: *The Crime of Aggression After Kampala: Success or Burden for the Future?* “Goettingen Journal of International Law” 2010, Vol. 2, No 2, s. 722—723.

³⁶ G. Gaja: *The Long Journey Towards...*, s. 430.

³⁷ *Report of the International Law Commission on the Work of its Forty-eight Session* (6 May — 26 July 1996), U.N. Doc. A/51/10. “Yearbook of the International Law Commission”, 1996, Vol. 2, par. 50 i n.

³⁸ *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind with Commentaries* 1996. “Yearbook of the International Law Commission” 1996, Vol. 2, Part Two, s. 43, pkt. 2.

³⁹ C. Kress: *The Crime of Aggression before...*, s. 855.

ców⁴⁰. Jest to realizacja tak zwanego podejścia zróżnicowanego⁴¹, które pozwoli na traktowanie jej, w kontekście strony podmiotowej zbrodni agresji, tak samo, jak pozostałych zbrodni podlegających jurysdykcji MTK. Problemem z tym związanym jest właśnie sama konstrukcja zbrodni agresji jako zbrodni przywódczej, wyłączająca *ex definitione* wszystkich współsprawców podległych „przywódcy”. Wątpliwości budzi również relacja przepisu art. 8 *bis* do ogólnych reguł form zjawiskowych i form stadialnych⁴², zasad sprawstwa pośredniego oraz odpowiedzialności dowódców i przełożonych (która najprawdopodobniej zostanie w ogóle wyłączona w odniesieniu do zbrodni agresji)⁴³, jak również możliwość zastosowania do tej zbrodni konstrukcji prawnej związku przestępnego („joint criminal enterprise”).

W końcu, przepis art. 8 *bis* i zawarte w nim uzależnienie możliwości popełnienia zbrodni agresji od dokonania aktu agresji przez państwo zbliża do siebie dwie odrębne dyscypliny prawa międzynarodowego publicznego: międzynarodowe prawo karne oraz prawo odpowiedzialności międzynarodowej państwa. Wydaje się to stałą cechą zbrodni agresji⁴⁴, jednak będzie rodzić bardzo poważne konsekwencje i utrudniać analizę.

Pojęcie „akt agresji” i jego kwalifikacja

Przecięcie się zasad odpowiedzialności państwa i zasad odpowiedzialności jednostki jest najwyraźniej widoczne w kontekście przyjętej definicji aktu agresji. „Akt agresji”, według art. 8 *bis*, oznacza „użycie siły zbrojnej przez państwo przeciwko suwerenności, integralności terytorialnej lub niezależności politycznej innego państwa, lub w każdy inny sposób niezgodny z Kartą Narodów Zjednoczonych”⁴⁵. Wyraźnie nasuwają się w związku z tym trzy

⁴⁰ *Report of the Special Working Group on the Crime of Aggression*. ICCASP/7/20/Add. 1, par. 25.

⁴¹ W oryginale: „differentiated approach”, zob. np. R. Heinh: *The Crime of Aggression After Kampala...*, s. 721.

⁴² Przepis art. 8 *bis* reguluje formy stadialne zbrodni agresji. Jako że stanowi on przepis szczególny, wydaje się, że inne niż przewidziane przez niego formy stadialne nie będą podlegać penalizacji.

⁴³ R.S. Clark: *Negotiating Provisions Defining the Crime of Aggression, its Elements and the Conditions for ICC Exercise of Jurisdiction Over It*. „European Journal of International Law” 2010, Vol. 20, No 4, s. 1109; C. Kress, L. von Holtzendorff: *The Kampala...*, s. 1189.

⁴⁴ T. Meron: *Defining Aggression for the International Criminal Court*. „Suffolk Transnational Law Review” 2001—2001, Vol. 25, No 1, s. 3.

⁴⁵ *Resolution RC/Res.6*, tekst art. 8 *bis* — tłum. T. I.

uwagi. Po pierwsze, tekst przepisu sugeruje, że wartość chroniona zbrodni agresji to ochrona suwerenności państwa, jego integralności terytorialnej i niezależności politycznej przed naruszeniem. Pomija on aspekt wspólnego charakteru interesu prawnego w utrzymaniu międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, wynikającego ze statusu *ius cogens* i *obligatio erga omnes* zakazu agresji. Po drugie, takie skonstruowanie definicji aktu agresji oznacza, iż dotyczy ona działań państwa przeciwko innemu państwu⁴⁶. Stanowi to bardzo poważną lukę prawną, prawdopodobnie o charakterze aksjologicznym, wyłączającą spod omawianej normy użycie siły przeciwko organizacjom niepaństwowym oraz przez organizacje i ruchy niebędące państwami. Użycie siły już od dawna nie jest ograniczone tylko do państw, a klasyczne, międzynarodowe konflikty zbrojne, których dotyczy art. 8 *bis*, stają się coraz rzadsze. Przepis ten zatem, już w chwili przyjęcia, jest przestarzały i niepełny. Po trzecie, sformułowanie: „w każdy inny sposób niezgodny z Kartą Narodów Zjednoczonych” jest z jednej strony niezbędne, aby uwzględnić agresję nieskierowaną przeciwko integralności lub niezależności państwa, lecz jednocześnie stanowczo zbyt szerokie i wymagające uściślenia.

Inne, poważne, konsekwencje rodzi użycie przez prawodawcę kwalifikatora, zamieszczonego w ust. 1 art. 8 *bis*, który zawęża objęcie właściwością tego przepisu akty agresji do takich, które „swoim charakterem, wagą i skalą” stanowią „wyraźne pogwałcenie Karty Narodów Zjednoczonych”. Najwyraźniej twórcom definicji chodziło o wyłączenie spod niego wszystkich „niejasnych” przykładów użycia siły⁴⁷, oraz szerokiej kategorii przypadków o mniejszej wadze (np. niewielkich potyczek granicznych). Przyjęcie takiego stanowiska jest częściowo uzasadnione z punktu widzenia prawa międzynarodowego, gdyż w przypadku wykonywania prawa do samoobrony przez państwo również musi zaistnieć pewien określony poziom zagrożenia państwa i naruszenia prawa. Podobnie, w przepisach aneksu do rezolucji ZO ONZ 3314 zakłada się weryfikację powagi aktu agresji, tak, aby wyłączyć niewielkie incydenty⁴⁸. Jednak dołączone do rezolucji RC/Res.6 Założenia wskazują w pkt. 7, iż żaden pojedynczy komponent (charakteru, powagi i skali) nie może samodzielnie być wystarczający, by spełnić standard wyraźnego naruszenia Karty Narodów Zjednoczonych. Oznacza to konieczność kumulatywnego ich wystąpienia. Jakkolwiek należy pochwalić wyłączenie, przez użyte sformułowanie, niewielkich incydentów powodujących ograniczone szkody, takich jak naruszenia przestrzeni powietrznej pań-

⁴⁶ R. Heinh: *The Crime of Aggression After Kampala...*, s. 722.

⁴⁷ *Informal Inter-sessional Meeting 2006 of the Special Working Group on the Crime of Aggression*, 8–11 June 2006, in *Assembly of State Parties*, 5 Session 2006, ICCASP/5/SWGCA/INF. 1 (2006), par. 19.

⁴⁸ S. Sayapin: *A Great Unknown: the Definition of Aggression Revisited*. “Michigan State Journal of International Law” 2008, Vol. 17, No 2, s. 382.

stwa lub przekroczenia jego granicy, to należy zwrócić uwagę na to, iż ten sam przepis może także wyłączyć wykonywanie jurysdykcji wobec innych, poważniejszych incydentów, jak na przykład akcji sił specjalnych, destabilizacji sieci łączności lub innych form sabotażu, uderzeń „chirurgicznych”, jak również tak zwanych zagrożeń asymetrycznych.

Na marginesie tych rozważań rysuje się inny problem — czym są i jaki charakter prawny mają dołączone do rezolucji nr 6 *Założenia* (*Understandings*)? Bez wątpienia są one nowym instrumentem systemu prawa Statutu Rzymskiego MTK, niemającym w nim wyraźnej podstawy prawnej, w odróżnieniu na przykład od Elementów Definicji Zbrodni opartych wprost na treści art. 9 Statutu Rzymskiego. Nie jest jasne, jaki charakter dla sądu w trakcie orzekania mają one mieć. Same *Założenia* nie precyzują swojej rangi i mocy prawnej. Można je w związku z tym zakwalifikować tylko jako porozumienia pomocne przy wykładni traktatu, określone w art. 31 ust. 3 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów z 1969 roku⁴⁹. Jakże jednak znaczenie będą one mieć dla sądu orzekającego, związanego wszak w zakresie źródeł prawa przepisem art. 21 Statutu MTK, pozostaje wciąż niejasnym. W ustępie b) wskazanego przepisu określono stosowanie przez Trybunał innych traktatów, zasad i reguł prawa międzynarodowego dopiero w drugiej kolejności, już po Statucie, elementach definicji zbrodni oraz regułach procesowych i dowodowych. Niezależnie od przyjętej wykładni, faktem jest, iż Trybunał stosując *Założenia*, po raz pierwszy będzie musiał rozstrzygnąć ich rangę prawną i funkcję oraz znaczenie dla sędziów orzekających.

Rezolucja ZO ONZ 3314 a Statut Rzymski

Zdanie drugie art. 8 *bis* ust. 2 Statutu stanowi, iż „każdy z poniższych aktów, bez względu na wypowiedzenie wojny, będzie, zgodnie z rezolucją Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych 3314 (XXIX) z 14 grudnia 1974 roku, zakwalifikowany jako akt agresji”. Sformułowanie to stanowi powtórzenie treści art. 3 *Aneksu* do rezolucji ZO ONZ 3314⁵⁰. Powtórzeniem jest również lista siedmiu przykładowych aktów agresji, wymienionych w dalszej części art. 8 *bis* Statutu. Ponadto, przepis ten stanowi, że „akt agresji» oznacza użycie siły zbrojnej przez państwo przeciwko suwerenności, integralności terytorialnej lub niezależności politycznej innego państwa, lub w każdy inny sposób niezgodny z Kartą Narodów Zjednoczonych”, co

⁴⁹ Dz.U. z 1990 r., nr 74, poz. 439.

⁵⁰ GA Res. 3314 (XXIX), z dnia 14 grudnia 1974 r.

powtarza *expressis verbis* tekst art. 1 *Aneksu* do rezolucji 3314. Powoduje to konieczność sądowego zdefiniowania na potrzeby prawa karnego międzynarodowego pojęć suwerenności, integralności i niezależności państwa. Pomijając oczywiste trudności związane z takim zadaniem, należy wyraźnie podkreślić, iż nie jest zadaniem międzynarodowego sądu karnego rozstrzyganie o podstawowych aspektach państwowości oraz elementach konstrukcyjnych fundamentalnego podmiotu prawa międzynarodowego, jakim jest państwo.

Odwołanie się wprost do rezolucji ZO ONZ 3314 z 1974 roku stanowi prawdopodobnie najpoważniejszą wadę przyjętych w Kampali rozwiązań. Rezolucja ta nigdy nie była przewidywana jako instrument prawnokarny dotyczący odpowiedzialności jednostki⁵¹ i zdecydowanie nie nadaje się do takiego zastosowania⁵². Rezolucja 3314 jest instrumentem prawa międzynarodowego regulującym zasady i przesłanki odpowiedzialności państwa za dokonanie aktu agresji, nie jest zaś dostosowana do zasad odpowiedzialności jednostki ani przewidziana jako ich regulacja. Jeżeli w przyszłości przepisy *Aneksu* do rezolucji 3314 miałyby być stosowane jako podstawa określania odpowiedzialności osoby fizycznej w prawie międzynarodowym, powinny zostać zmodyfikowane i dostosowane do zasad prawa karnego i prawa karnego międzynarodowego, z którymi są wyraźnie sprzeczne⁵³, przede wszystkim przez niespełnienie niezwykle wysokiego w prawie karnym wymogu jasności przepisu oraz wymogów zasady *nullum crimen sine lege*.

Z powiązania przepisów znowelizowanego Statutu Rzymskiego z tekstem rezolucji 3314 wypływają dwie ważne konsekwencje:

- a) wątpliwości dotyczące zwyczajowego charakteru zbrodni agresji;
- b) potencjalne naruszenie zasady *nullum crimen sine lege* przez powiązanie przepisów prawa karnego międzynarodowego z przepisami o nieokreślonym zakresie i treści.

Ad a) Nie jest pewne, czy art. 3 *Aneksu* do rezolucji ZO ONZ nr 3314 (będącego podstawą dla normy z art. 8 *bis* Statutu) reprezentuje prawo zwyczajowe⁵⁴, a zatem czy odwołanie się do niego przez kodyfikatorów było w pełni uzasadnione. Rada Bezpieczeństwa ONZ nigdy nie wykorzystała

⁵¹ Historia postępowania przed jej przyjęciem wyraźnie na to wskazuje. Zob. B. Ferencz: *Defining International Aggression. The Search for World Peace. A Documentary History and Analysis*. Vol. 1. New York 1975, s. 43—45.

⁵² Patrz głosy krytyczne wskazane poniżej oraz np. A. Zabłocka: *Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego a polskie prawo karne materialne*. „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2001, nr 3.

⁵³ C. Kress: *The Crime of Aggression before...*, s. 857; T. Meron: *Defining Aggression...*, s. 7.

⁵⁴ S. Sayapin: *A Great Unknown: the Definition...*, s. 393.

przepisów rezolucji 3314 jako podstawy dla swoich decyzji, nigdy też wprost się na nią nie powołała⁵⁵. Nie dość więc, że rezolucja 3314 pozostaje instrumentem z zakresu prawa odpowiedzialności międzynarodowej państwa, pełniącym inną niż przepisy prawa karnego międzynarodowego funkcję, to dodatkowo nie miała ona żadnego praktycznego wpływu na działania Rady Bezpieczeństwa⁵⁶, pozostaje zatem zespołem przepisów *de facto* bez znaczenia dla praktyki prawa międzynarodowego. Rezolucja ZO ONZ 3314 spotkała się z rzadkim stosowaniem, nie została nigdy przekształcona w potencjalnie lepiej spełniającą funkcję antywojenną konwencję międzynarodową, największe zaś jej znaczenie przypada na powoływanie się na jej przepisy podczas konferencji MTK⁵⁷. Jakkolwiek, zgodnie z orzeczeniem MTS w sprawie *Nikaragua*, art. 3 par. g) *Aneksu* do rezolucji 3314 oddaje stan prawa zwyczajowego⁵⁸, to stwierdzenie to nie może jednak przesądzać o zwyczajowym charakterze całego przepisu art. 3 *Aneksu* do tej rezolucji. Ponadto, wyrok MTS dotyczył odpowiedzialności międzynarodowej państwa, sąd zajmował się w nim definicją pojęcia „ataku zbrojnego”, nie zaś zbrodni agresji, a treść wyroku dotyczyła tylko jednego z elementów art. 3, nie zaś całego przepisu.

W szerszej perspektywie, zależność między prawem zwyczajowym a przyjętą definicją zbrodni agresji wymaga sprawdzenia, czy definicja ta odpowiada stanowi prawa zwyczajowego. W czasie procesu norymberskiego prawo zwyczajowe nie знаło ekwiwalentu zbrodni przeciwko pokojowi⁵⁹, chociaż teraz, dyskusyjnie, można twierdzić, iż prawo to uzyskało taki status (zdanie odrębne prezentuje m.in. M.J. Glennon⁶⁰). Zdaniem Y. Dinstein: „Jest praktycznie niepodważalnym, że współczesne pozytywne prawo międzynarodowe odpowiada treści Wyroku [Trybunału Norymberskiego — T.I.]. Wojna napastnicza współcześnie stanowi zbrodnię przeciwko pokojowi. Nie tylko zwykłą zbrodnię międzynarodową, lecz najwyższą zbrodnię prawa międzynarodowego”⁶¹. Podobne twierdzenie znaleźć można w wyroku brytyjskiej Izby Lordów z 2006 roku w sprawie *R. v Jones*⁶², gdzie w par. 19 lordowie prawa wyrazili opinię: „[...] ahistorycznym jest przy-

⁵⁵ O. Solera: *The Definition Of The Crime Of Aggression: Lessons Not-Learned*. “Case Western Reserve Journal of International Law” 2010, Vol. 42, No 3, s. 805.

⁵⁶ S. Sayapin: *A Great Unknown: the Definition...*, s. 378.

⁵⁷ A.L. Zuppi: *Aggression as International Crime...*, s. 19.

⁵⁸ *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*. ICJ Reports (1986), Judgment (Merits), par. 195.

⁵⁹ Y. Dinstein: *War, Aggression...*, s. 109.

⁶⁰ M.J. Glennon: *How International Rules Die*. “The Georgetown Law Journal” 2005, Vol. 93, Issue 3, s. 939—993.

⁶¹ Y. Dinstein: *War, Aggression...*, s. 109.

⁶² Wyrok z dnia 29 marca 2006 r. w sprawie *R. v. Jones (Appellant) (On Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division)) (formerly R v. J (Appellant))*, Etc., [2006] UKHL 16.

puszczanie, iż elementy zbrodni agresji były jasne w 1945 roku i od tego czasu stały w jakimkolwiek stopniu niejasne”. Tak kategoryczne twierdzenie należy jednak skonfrontować z absolutnym brakiem praktyki międzynarodowej w odniesieniu do zbrodni agresji. Od ponad sześćdziesięciu lat brak jest jakiegokolwiek praktyki państw w odniesieniu do jej ścigania i karania. Jak już wspomniano, w zasadzie jedynym przykładem faktycznej działalności państw było omawiane tutaj przyjęcie definicji zbrodni agresji w Kampali. Oczywiście, jakiejkolwiek wątpliwości odnoszące się do zwyczajowego charakteru elementów i definicji zbrodni agresji pozostają bez wpływu na ustabilizowany w prawie zwyczajowym zakaz agresji obejmujący państwa. Kwestia ta pozostaje otwarta dla dalszych badań, jednak wątpliwości wyrażone tutaj wydają się poważne.

Ad b) Najpoważniejszą wątpliwość natury prawnej, aksjologicznej i praktycznej rodzi wyłaniające się potencjalne naruszenie zasady *nullum crimen sine lege*, spowodowane „przeszczepieniem” na grunt prawa karnego międzynarodowego przepisów rezolucji ZO ONZ 3314. Z uwagi na skomplikowany prawnie, kontrowersyjny politycznie i niezwykle ważny aksjologicznie charakter zbrodni agresji, powinna ona wypełniać zasadę *nullum crimen sine lege* w pełni, pozostając poza wszelkimi wątpliwościami⁶³. Na marginesie przedstawionych uwag wypada przypomnieć, iż już w roku 1990 podczas debaty nad *Draft Code of Crime* przedstawiciele Stanów Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii wyraźnie odnosili się do rezolucji 3314, uznając ją za niewystarczającą dla określania odpowiedzialności jednostki⁶⁴, między innymi z powodu jej niezgodności z zasadą *nullum crimen sine lege*. W szczególności następujące elementy definicji agresji w kontekście jej połączenia z rezolucją 3314 budzą wątpliwości:

- przepis art. 2 *Aneksu* do rezolucji 3314 stanowi, iż pierwsze użycie siły przez państwo niezgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych będzie stanowić dowód *prima facie* na wystąpienie aktu agresji;
- przepis art. 4 *Aneksu* ww. rezolucji wskazuje, że lista aktów agresji wymieniona w art. 3 *Aneksu* (a tym samym w art. 8 *bis* Statutu MTK) nie jest zamknięta i Rada Bezpieczeństwa ONZ może stwierdzić, iż inny czyn stanowi akt agresji;
- brak w tekście przepisu art. 8 *bis* wskazania, które, i czy wszystkie, przepisy rezolucji 3314 mają znaleźć się w systemie Statutu Rzymskiego;
- brak w tekście przepisu art. 8 *bis* wyraźnego wskazania, iż żadne inne akty agresji poza wymienionymi w nim mogą stanowić podstawę zbrodni agresji⁶⁵.

⁶³ T. Meron: *Defining Aggression...*, s. 3.

⁶⁴ M.J. Glennon: *Blank-Prose...*, s. 79–80.

⁶⁵ R.S. Clark: *Negotiating Provisions...*, s. 1105.

Zasada *nullum crimen sine lege* stanowi ustabilizowany element pakietu gwarancji prawnych wchodzących w skład systemu prawa międzynarodowego praw człowieka. Jako jej traktatową podstawę prawną można wskazać między innymi art. 11 ust. 2 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, art. 15 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych i art. 7 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁶⁶. We wszystkich wymienionych przepisach wspomina się o zakazie karania bez podstawy prawnej w prawie międzynarodowym lub krajowym, a zatem jak najbardziej przepisy te stosują się do omawianego problemu. Brzmienie zasady najczęściej rozwijane jest na dwa sposoby: *nullum crimen sine lege stricta* (zakaz stosowania analogii i prowadzenia wykładni na niekorzyść sprawcy) oraz *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (zakaz tworzenia nieokreślonych i nieostrych typów przestępstw oraz nieokreślonych kar, w tym zakaz tworzenia przestępstw typu blankietowego⁶⁷). Istotą tej zasady w prawie publicznym międzynarodowym jest, iż jednostka nie może być oskarżona za zachowanie, o którym nie mogła wiedzieć, iż jest karalne, oraz konieczność jasności formułowania prawa międzynarodowego, które musi być na tyle precyzyjne, aby ujmować konsekwencje jego naruszenia w sposób przewidywalny dla jednostki⁶⁸. Nawet, jeżeli zgodzić się z twierdzeniem, iż w prawie publicznym międzynarodowym zasada legalności jest bardziej tolerancyjna dla braku precyzji legislacyjnej niż na gruncie prawa Statutu Rzymskiego i prawa krajowego, a jej zakres jest węższy⁶⁹, to pewne podstawowe gwarancje procesowe i prawne muszą zostać zachowane. Istnienie niejasnych i potencjalnie zmiennych przepisów prawa karnego międzynarodowego na pewno w zgodzie z zasadą *nullum crimen* nie pozostaje. W wyroku odwoławczym MTKJ w sprawie *Tadić* stwierdzono wyraźnie, że istnieje szczególny obowiązek przestrzegania praw człowieka przez międzynarodowe trybunały karne⁷⁰. Międzynarodowy Trybunał Karny związany jest zasadami prawa międzynarodowego praw człowieka na podstawie art. 21 ust. 3 Statutu, który stanowi, iż stosowanie i interpretacja Statutu muszą być zgodne z uznanymi przez społeczność międzynarodową prawami człowieka.

⁶⁶ B. Gronowska: *Zakaz retroakcji prawa karnego*. W: *Prawa człowieka i ich ochrona*. Red. B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski. Toruń 2005, s. 295.

⁶⁷ A. Grześkowiak: *Nullum crimen nulla poena sine lege anteriori*. W: *Prawa człowieka. Model prawny*. Red. R. Wieruszewski. Wrocław—Warszawa—Kraków 1991 s. 506—508.

⁶⁸ W.N. Ferdinandusse: *Direct Application of International Criminal Law in National Courts*. Haga 2006, s. 238.

⁶⁹ Tak na przykład: R. Heinh: *The Crime of Aggression After Kampala...*

⁷⁰ Wyrok MTKJ z dnia 15 lipca 1999 roku, w sprawie *Prokurator v. Tadić*, par. 45.

Poza łącznikiem, wynikającym z praw człowieka, zasada *nullum crimen* stanowi ustabilizowany element międzynarodowego prawa karnego⁷¹. Podstawowym problemem związanym z przestrzeganiem zasady legalności na gruncie prawa karnego międzynarodowego jest „wrodzona” ogólność i niejasność definicji zbrodni międzynarodowych⁷². Na potrzeby Statutu MTK zasadę *nullum crimen sine lege* określa wprost art. 22, w ust. 2: „Definicja zbrodni powinna być interpretowana dosłownie i nie może być rozszerzana w drodze analogii. W razie niejasności, definicja powinna być interpretowana na korzyść osoby podejrzanej, oskarżonej lub skazanej”. Oczywiście, przepis art. 22 dotyczy tylko zbrodni określonych w Statucie i tylko tam ma zastosowanie. Ponadto, zasada *nullum crimen* na gruncie Statutu Rzymskiego przyjmuje postać zasady ścisłej wykładni i oznacza nakaz ograniczenia roli wiążącej wykładni sędziowskiej⁷³.

Otwartość definicji aktów agresji, wyrażona między innymi w art. 4 *Aneksu* rezolucji 3314, stanowi ważny element, pozwalający społeczności międzynarodowej reagować na nowe formy aktów agresji⁷⁴ dokonywanych przez państwa. Otwarte i nieokreślone przepisy nie są, niestety, nieznane prawu karnemu międzynarodowemu, czego dobrą ilustracją jest podtyp zbrodni przeciwko ludzkości, określony przez przepis art. 7 ust. 1 pkt. k) Statutu wskazujący, iż zbrodniami przeciwko ludzkości są „inne nieludzkie czyny o podobnym charakterze”. Podobne do wskazanych wyżej wątpliwości, dotyczące niedochowania zasady *nullum crimen sine lege* i ewentualnego jej naruszenia przez włączenie do prawa Statutu Rzymskiego niejasnych przepisów rezolucji 3314 były przedmiotem dyskusji w ramach prac Specjalnej Grupy Roboczej⁷⁵. Wspomniany już wcześniej szczególnie, bardzo wysoki, standard wiążący międzynarodowe trybunały karne w odniesieniu do przestrzegania podstawowych zasad wynikających z prawa międzynarodowego praw człowieka, jasność brzmienia art. 22 Statutu oraz fundamentalne wymogi prawa karnego nie pozwalają na uznanie ewentualnych naruszeń tej zasady. Fakt, iż Rada Bezpieczeństwa może potencjalnie zmienić listę aktów agresji tworzących definicję zbrodni agresji stoi z nią w wyraźnej sprzeczności⁷⁶, gdyż ich katalog zdecydowanie powinien być zamknięty⁷⁷, aby zapewnić zgodność z zasadami prawa karnego.

⁷¹ S. Lamb: *Nullum crimen, nulla poena sine lege in International Criminal Law. W: The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*. Vol. 1. Eds. A. Cassese, P. Gaeta, J.R. W.D. Jones. Oxford 2002, s. 734.

⁷² Ibidem, s. 735.

⁷³ M. Boot: *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes. Nullum crimen sine lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*. Intersentia 2002, s. 387—388, 395, 613.

⁷⁴ M. Płachta: *Międzynarodowy Trybunał...*, s. 489.

⁷⁵ ICC-ASP/6/SWGCA/INF.1, par. 50 i n.

⁷⁶ S. Sayapin: *A Great Unknown: the Definition...*, s. 383.

⁷⁷ Ibidem, s. 395—396.

Jurysdykcja MTK w stosunku do zbrodni agresji

MTK będzie mógł wykonywać jurysdykcję wobec zbrodni agresji według reguł ogólnych, określonych w art. 13 Statutu (jurysdykcja *proprio motu* oraz przekazanie sprawy przez Radę Bezpieczeństwa ONZ), jednak z uwzględnieniem specjalnych reguł określonych w nowych przepisach art. 15 *bis* i art. 15 *ter*. Ewentualne wykonywanie jurysdykcji zostało jednak znacząco odsunięte w czasie. Przepis art. 15 *bis* ust. 2 i 3 stanowi, że jurysdykcja będzie mogła być wykonywana dopiero w rok po osiągnięciu 30 ratyfikacji poprawek do Statutu Rzymskiego oraz dopiero po 1 stycznia 2017 roku, po podjęciu decyzji przez taką samą większość państw-stron, jaka była wymagana do przyjęcia poprawek do Statutu. Tak ustalone wymogi wstępne powodują, iż niestety nie jest pewne, czy jurysdykcja MTK będzie faktycznie wykonywana.

Zgodnie z treścią art. 15 *bis* ust. 4 Statutu, MTK może wykonywać jurysdykcję wobec zbrodni agresji z własnej inicjatywy, wobec zbrodni wynikającej z aktu agresji dokonanego przez państwo-stronę Statutu, pod warunkiem, iż państwo to nie dokonało zastrzeżenia o wyłączeniu jurysdykcji. Pozwala to na stworzenie wielu zróżnicowanych stanów prawnych, w których część państw-stron Statutu przyjmie jurysdykcję Trybunału, inne zaś tego nie uczynią. Ponadto, przepis art. 15 *bis* ust. 5 Statutu wyłącza wykonywanie jurysdykcji w odniesieniu do zbrodni agresji wobec aktów agresji popełnionych na terytorium państw niebędących stronami Statutu oraz przez obywateli tych państw. Oznacza to wprowadzenie swoistej klauzuli wzajemności przez przepisy dotyczące wykonywania jurysdykcji przez MTK, powoduje, że zmiany Statutu pełną skuteczność osiągną jedynie pomiędzy państwami-stronami, które nie złożyły deklaracji o wyłączeniu jurysdykcji⁷⁸. Nowelizacja Statutu przewiduje alternatywne łączniki, umożliwiające wykonywanie przez MTK jurysdykcji w stosunku do zbrodni agresji tylko, jeżeli poprawki zawarte w rezolucji RC/Res. 6 zostały przyjęte wprost przez państwo, na którego terytorium doszło do zachowania niezgodnego z prawem, lub państwo, którego oskarżony o zbrodnię agresji jest obywatelem⁷⁹.

Zgodnie z art. 15 *bis* ust. 6 Statutu podjęcie czynności przez prokuratora MTK poprzedzone będzie ustaleniem, czy Rada Bezpieczeństwa ONZ dokonała stwierdzenia popełnienia aktu agresji przez dane państwo. Jeśli doszło do takiego stwierdzenia, prokurator może wszcząć dochodzenie w danej sprawie. W przypadku niepodjęcia przez Radę Bezpieczeństwa ONZ decyzji o stwierdzeniu dokonania aktu agresji przez państwo w ciągu 6 miesięcy

⁷⁸ A.R. Coracini: *The International Criminal Court's...*, s. 780.

⁷⁹ Ibidem, s. 775.

od złożenia notyfikacji przez prokuratora, może on wszcząć dochodzenie w sprawie po uprzednim uzyskaniu zgody Izby Przygotowawczej oraz niewykonaniu przez Radę Bezpieczeństwa uprawnień określonego w art. 16 Statutu (dot. odroczenia wszczęcia i zawieszenia postępowania przygotowawczego). W związku z tymi przepisami należy zauważyć, że Rada Bezpieczeństwa może dokonać stwierdzenia aktu agresji, jednak nie jest do tego zmuszona. Rada Bezpieczeństwa nie musi też uprzednio stwierdzić dokonania aktu agresji na podstawie art. 39 KNZ, aby przekazać sprawę do MTK⁸⁰. Bardziej niebezpieczna byłaby, teoretycznie możliwa, sytuacja wyraźnego stwierdzenia przez Radę braku dokonania przez dane państwo aktu agresji. Rezolucja Rady Bezpieczeństwa, zawierająca takie stwierdzenie, byłaby najprawdopodobniej wydana w trybie Rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych, a zatem byłaby wiążąca. Efektem, dla państw członkowskich ONZ i stron Statutu MTK, byłoby powstanie konfliktu zobowiązań traktatowych pomiędzy Kartą Narodów Zjednoczonych a Statutem Rzymskim; konflikt taki, zgodnie z art. 103 KNZ, spowodowałby konieczność rozstrzygnięcia go na korzyść KNZ⁸¹.

Podsumowanie

Przedstawione najważniejsze problemy i wyzwania, jakie rodzi nowo przyjęta definicja zbrodni agresji, nie uzasadniają bardzo optymistycznego tonu, jakim posługuje się większość komentatorów, oceniając doniosłość i skuteczność przyjętych rozwiązań. Szczególnie zadziwiające jest, iż te obecne rozwiązania są bardzo zbliżone do zgłoszonych wcześniej, jako propozycja przewodniczącego Grupy Roboczej MTK⁸², które z kolei były bardzo podobne do innej propozycji, złożonej już w 1969 roku w Zgromadzeniu Ogólnym ONZ, i dzielące z nią kilka podstawowych problemów⁸³. Pomimo upływu czasu i stosunkowo żywej dyskusji w doktrynie prawa międzynarodowego na ten temat podstawowe problemy wskazywane wcześniej nie zostały nawet pobieżnie rozstrzygnięte. Najważniejsze z nich, dotyczące *chapeau* zbrodni agresji, braku jasności w niektórych jej przepisach, odwołania do rezolucji ZO ONZ 3314 oraz kwalifikacji aktów agresji według trzech

⁸⁰ Ibidem, s. 749; C. Kress, L. von Holtzendorff: *The Kampala...*, s. 1212.

⁸¹ S. Sayapin: *A Great Unknown: the Definition...*, s. 386.

⁸² *International Criminal Court, Assembly of States Parties, Discussion Paper on the Crime of Aggression Proposed by the Chairman*, s. 2—3, ICC-ASP/7/SWGCA/INF. 1.

⁸³ O. Solera: *The Definition Of The Crime...*, s. 804.

kryteriów pozostały bez zmian w poprawkach z Kampali⁸⁴. Ponadto, ciągle nie jest jasne, czy nowoczesne formy prowadzenia wojny, wspomniane już w tekście, ale również takie, jak ataki bezzałogowych samolotów, udział prywatnych przedsiębiorstw najemniczych czy innego typu zagrożenia asymetryczne znajdują się w obrębie przyjętej definicji zbrodni agresji. To wielkie osiągnięcie prawa międzynarodowego nie tylko jest osiągnięciem obarczonym wadami, lecz jest także osiągnięciem przestarzałym od momentu narodzin.

Fakt, że zbrodnie agresji jest zbrodnią przywódców, rodzić będzie konsekwencje pozaprawne w sferze politycznej. Przykład oskarżonego o zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości prezydenta Sudanu, Omara Al-Bashira⁸⁵, który od lat pozostaje na wolności, unaocznia, z jak wielkimi trudnościami Trybunał będzie musiał sobie radzić. Dostarczenie osoby, w stosunku do której wydano nakaz aresztowania, należy zgodnie z art. 89 ust. 1 Statutu do każdego państwa, na którego terytorium taka osoba się znajduje, również do państw niebędących stronami Statutu⁸⁶. Dostarczenie sądowi wysokiej rangi przywódcy politycznego do osądzenia wywoła bardzo wiele kontrowersji i napięć politycznych⁸⁷. Podobnie stanie się, jeżeli osobę taką dostarczy inne państwo, na którego terytorium osoba ta będzie się znajdować. Przenikanie się problemu skuteczności prawa międzynarodowego i względów politycznych rzadko kiedy jest tak wyraziste, jak w przypadku przekazywania pod jurysdykcję „obcych” organów sądowych znaczących postaci życia politycznego.

Ostatecznie, ocenę wprowadzonych zmian należy sformułować dwutorowo. Po pierwsze, bez wątpienia należy wyrazić zadowolenie, iż w terminie i w sposób przewidziany przez art. 121 i 123 Statutu, przyjęto drugą w historii prawa międzynarodowego karnomaterialną definicję zbrodni agresji. Stanowić ona może punkt wyjścia do dalszych prac, jako prawo powszechnie obowiązujące. Jakkolwiek wydaje się to mało prawdopodobne, być może jakaś osoba zostanie postawiona przed sądem za naruszenie nowego art. 8 *bis* Statutu. Po drugie jednak, doktryna prawa międzynarodowego i rządy państw-stron Statutu powinny rozpocząć przygotowania do kolejnej nowelizacji Statutu Rzymskiego MTK, która usunie niedoskonałości i luki prawne, powstałe po Kampali. Obecna definicja pozostawia wiele do życzenia, przede wszystkim w zakresie braku zgodności z zasadą *nullum crimen sine lege*.

⁸⁴ Ibidem, s. 806—809.

⁸⁵ *Prokurator v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05—01/09, drugi nakaz aresztowania z dnia 12 lipca 2010 r.

⁸⁶ M. Płachta: *Międzynarodowy Trybunał...*, s. 963.

⁸⁷ M.J. Glennon: *Blank-Prose...*, s. 111.